



Recesso con diritto alla caparra, risoluzione del contratto e tutela della parte *in bonis*

Guido Belli

Dottorando di ricerca in Diritto civile

SINTESI

a) Recesso con ritenzione della caparra e risoluzione giudiziale: condivisione di presupposti ed effetti

Nella sentenza in rassegna la Corte di cassazione, richiamandosi all'orientamento espresso dalle Sezioni Unite nel gennaio 2009 (Cass., S.U., 14.1.2009, n. 553) tornando ad occuparsi dei rapporti tra il recesso con ritenzione della caparra confirmatoria di cui all'art. 1385, 2° co., c.c. e l'istituto della risoluzione giudiziale, configura il primo come una mera facoltà riconosciuta alla parte *in bonis* che, se esercitata, determina lo scioglimento *ope legis* del contratto, e che richiede, come presupposto, l'inadempimento dell'altro contraente, avente le medesime caratteristiche di quello che legittimerebbe la scelta di agire in giudizio per la risoluzione ed il risarcimento dei danni (artt. 1218, 1256 e 1455 c.c.).

Per la Corte, invero, la norma in esame non deroga affatto alla disci-

plina generale della risoluzione per inadempimento, ammettendo la scelta di recedere dal contratto e di trattenere la caparra ricevuta (o di esigere il doppio di quella versata) solo quando l'inadempimento della controparte sia colpevole e di non scarsa importanza.

b) Alternatività e non cumulabilità di rimedi

Secondo i supremi giudici, il recesso dell'art. 1385, 2° co., c.c. integra, nella sostanza, una forma di risoluzione di diritto del contratto, alternativa e non cumulabile con la domanda di risoluzione giudiziale di cui all'art. 1453 c.c., da affiancare (piuttosto che contrapporre) a quelle di cui agli artt. 1454, 1456, 1457 c.c. e destinata ad operare, indipendentemente dall'esistenza di un termine essenziale o di una diffida ad adempiere, attraverso la semplice comunicazione all'altra parte di una volontà "caducatoria" degli effetti negoziali.

Cassazione civile, sezione II, 6 settembre 2011, n. 18266

Pres. Schettino – Est. Scalisi – Lenzi c. Giacomelli

Obbligazioni e contratti – Caparra confirmatoria – Recesso ex art. 1385, 2° co., c.c. – Risoluzione *ope legis* del contratto – Riconducibilità – Sussistenza

Il recesso di cui all'art. 1385, 2° co., c.c., condivide i medesimi presupposti ed effetti della risoluzione giudiziale per inadempimento della controparte, configurando una forma di risoluzione negoziale per giusta causa del contratto, da affiancare a quelle di cui agli artt. 1454, 1456 e 1457 c.c., collegata alla anticipata e convenzionale liquidazione del danno risarcibile. Come tale, il recesso legale con diritto alla caparra si sostituisce al risarcimento del danno ed alla facoltà di determinare la risoluzione secondo la disciplina generale, consentendo una composizione agevole e spedita, senza oneri probatori in ordine all'esistenza e al quantum del danno subito, derivante dall'altrui inadempimento, colpevole e di non scarsa importanza.

» SOMMARIO

1. Il fatto – 2. La caparra confirmatoria – 3. Natura, struttura e oggetto del patto di caparra – 4. Cenni sul dibattito circa le molteplici funzioni della caparra – 5. Il recesso dal contratto con ritenzione della caparra: una ulteriore ipotesi di risoluzione di diritto alternativa alla risoluzione dell'art. 1453 c.c.

Il fatto

L.M., con atto di citazione notificato il 5.11.1999, conveniva in giudizio davanti al Tribunale di Padova G.M.F. per sentire dichiarare la risoluzione del contratto preliminare di vendita del 23.11.1998 con condanna della convenuta al risarcimento danni.

Si costituiva G.M.F., la quale deduceva l'inammissibilità della domanda a causa dell'effetto preclusivo del giudizio relativo all'ingiunzione del 17.1.1999 del Tribunale di Padova con cui il L. era stato condannato a

pagare alla promissaria acquirente il doppio della caparra essendo l'immobile promesso gravato da ipoteca.

Il Tribunale di Padova con sentenza n. 1594 del 2001 dichiarava la domanda proposta dal L. inammissibile in quanto volta a contraddire i due incontrovertibili accertamenti contenuti nel decreto ingiuntivo divenuto definitivo: dell'inadempimento del L. al contratto preliminare e del diritto della G. ad ottenere la restituzione del doppio della caparra.

Avverso tale sentenza proponeva appello L.M. sostenendo: a) che nel

giudizio monitorio non era stato esaminato l'inadempimento della G., b) che gli inadempimenti potevano anche essere reciproci, c) che le due domande nei due giudizi erano diverse.

Si costituiva la G. chiedendo il rigetto dell'appello.

La Corte di Appello di Venezia, con sentenza n. 1946 del 2005 rigettava l'appello e confermava integralmente la sentenza di primo grado. A sostegno di questa decisione la Corte veneziana osservava:

a) se nel caso di specie è passata in giudicato la decisione del giudice che ha riconosciuto alla G. il diritto di chiedere ed ottenere il doppio della caparra è coperta dal giudicato, anche l'accertamento sulla mancata inadempienza della G.; b) nei contratti a prestazioni corrispettive non si può pronunciare risoluzione per inadempimento nei confronti di entrambi le parti ma deve essere valutato quale è il comportamento colpevole prevalente;

c) entrambe le domande sia quella proposta dalla G. (con ricorso per decreto ingiuntivo ai sensi dell'art. 1385 c.c.), sia quella proposta dal L. di risoluzione per inadempimento dipendono dal medesimo titolo (il contratto preliminare del 23 novembre 1998), e presuppongono l'adempimento di una parte e l'inadempimento dell'altra.

La cassazione della sentenza n. 1946 del 2005, della Corte di Appello di Venezia, è stata chiesta da L.M. con ricorso affidato a due motivi. G.M.F. ha resistito con controricorso.

La motivazione

1. Con il primo motivo L.M. lamenta la falsa applicazione di norme di diritto (art. 1385 e 1453 c.c.). Avrebbe errato la Corte di Appello di Venezia per aver ricondotto il recesso ex art. 1385 cod. civ. nell'ambito della categoria normativa della risoluzione.

Piuttosto, ritiene il ricorrente, recesso e risoluzione costituiscono strumenti giuridici comportanti una scelta fra due diversi assetti di interessi al punto che non è possibile avvalersi di entrambi cumulativamente. La non riconducibilità del recesso nell'ambito della categoria normativa della risoluzione risulta sia sotto il profilo letterale quale emerge dall'esame dell'art. 1485 c.c., commi 2 e 3 e sia sotto il profilo degli effetti perchè, mentre il recesso non ha efficacia solutoria del contratto in quanto incide esclusivamente sul rapporto giuridico proprio del recedente eliminandolo, la risoluzione, invece, incide sul contratto eliminandolo *in toto*.

Operando una falsa applicazione, degli artt. 1385 e 1453 cod. civ. la Corte territoriale, ritiene ancora il ricorrente, ha finito inevitabilmente con il trascurare di tenere presente le effettive conseguenze giuridiche della scelta del recesso operata nella specie dalla convenuta G..

1.1. Il motivo non merita di essere accolto non solo o non tanto perchè privo di interesse sostanziale, considerato che pur accolto, non determina un annullamento della sentenza impugnata, ma, e soprattutto, perchè la sentenza impugnata non contiene l'errore denunciato.

1.2. È giusto il caso di evidenziare che il recesso previsto dall'art. 1385 cod. civ., comma 2 presupponendo, pur sempre, l'inadempimento della controparte avente i medesimi caratteri dell'inadempimento che giustifica la risoluzione giudiziale, configura un'evidente forma di risoluzione del contratto, collegata alla pattuizione di una caparra confirmatoria – quale determinazione convenzionale del danno risarcibile. Come afferma la dottrina prevalente e come ha affermato, pure, questa Corte, in altra occasione (sent. n. 2435 del 1988) – il recesso di cui si dice, costituisce null'altro che uno speciale strumento di risoluzione negoziale per giusta causa, alla quale lo accomunano tanto i presupposti (l'inadempimento della controparte) quanto le conseguenze (la caducazione *ex tunc* degli effetti del contratto). A) Non vi è dubbio, infatti, che al fine di un legittimo esercizio del diritto di recesso e di conseguente ritenzione della caparra, l'art. 1385 cod. civ. richiede, come per la risoluzione, l'esistenza di un inadempimento gravemente colpevole, di un inadempimento cioè imputabile (ex art. 1218 e 1256 c.c.) e di non scarsa importanza (ex artt. 1455 c.c.), perchè, ove così non fosse, ove, cioè, la domanda di recesso non fosse condizionata ad un inadempimento grave e imputabile si porrebbe alla conseguenza non accettabile, perchè illogica, per cui in presenza di un inadempimento lieve il contraente incolpevole potrebbe recedere dal contratto, ma non provocarne la ri-

soluzione in via ordinaria (con l'evidente negazione dell'alternatività "integrale" dei rimedi rispettivamente modellati dall'art. 1385 cod. civ., commi 2 e 3).

B) Così come non vi è dubbio che il recesso di cui si dice comporta lo scioglimento del vincolo contrattuale, laddove la caparra (ritenerla o versarne il doppio) identifica il danno risarcibile, convenzionalmente determinato.

1.2.a) Il recesso della parte non inadempiente, di cui all'art. 1385 cod. civ., identifica, in definitiva, un'ipotesi di risoluzione di diritto, da affiancare (piuttosto che contrapporre) a quelle di cui agli artt. 1454, 1456, 1457 c.c., una "modalità" (ulteriore) di risoluzione del contratto, destinata ad operare, indipendentemente dall'esistenza di un termine essenziale o di una diffida ad adempiere, attraverso la semplice comunicazione all'altra parte di una volontà "caducatoria" degli effetti negoziali – operante, nella sostanza, attraverso un meccanismo analogo a quello che regola la clausola risolutiva espressa.

1.2.b) Sul piano operativo, bisogna dire, anche, che in mancanza di contestazioni del contraente asserito inadempiente circa la sussistenza o l'importanza dell'inadempimento, l'esercizio del recesso comporta l'effetto risolutivo indipendentemente dall'adesione del contraente inadempiente.

2. Con il secondo motivo il ricorrente lamenta l'omessa o, comunque, insufficiente motivazione su un punto decisivo della controversia, prospettato dal ricorrente (art. 1385 e 2909 c.c., artt. 115, 641, 647 c.p.c. Avrebbe errato la Corte territoriale, secondo il ricorrente, A) nell'aver omesso di accertare l'inadempimento della G., omettendo di considerare che esso non ha formato oggetto del giudicato, formatosi relativamente al decreto ingiuntivo emesso a carico del signor L. Insomma, scrive il ricorrente, il Giudice di secondo grado non ha tenuto presente che il L. attraverso l'esercitata azione di risoluzione contrattuale non ha voluto dimostrare e far accertare di non essere inadempiente, ma ha voluto esclusivamente dimostrare e far accertare l'inadempimento della G.. Specifica, ancora, il ricorrente che, l'efficacia preclusiva del giudicato formatosi nella specie relativamente al decreto ingiuntivo emesso in data 23.2.1999, sarebbe limitata all'accertamento del suo inadempimento ma non si estenderebbe anche, all'accertamento dell'inadempimento della G.. Di qui la conseguenza che l'azione di risoluzione contrattuale esercitata dal signor L., in quanto fondata sull'inadempimento della G. non incontrerebbe il limite preclusivo di detto giudicato, pertanto, essa era ammissibile.

B) nel non aver ravvisato la diversità quanto al *petitum* ed alla *causa petendi* delle due domande (quella proposta in sede monitoria dalla G. e quella formulata nella causa ordinaria dal L.). Specifica ancora il ricorrente che la causa petendi della domanda giudiziale proposta dalla G. ed accolta con il decreto ingiuntivo passato in giudicato era costituita dall'aver il L. omesso di adempiere l'obbligazione di far cancellare l'ipoteca volontaria in questione e il *petitum* era costituito dal recesso, nonchè dal pagamento del doppio della caparra ex art. 1385 c.c., comma 2; mentre la *causa petendi* della domanda proposta dal L. era costituita dall'inadempimento della G. del dovere ex art. 1375 cod. civ. ed il *petitum* era costituito dalla risoluzione del contratto preliminare di compravendita *de quo* e dal risarcimento danni. Di qui la conseguenza che il giudicato formatosi rispetto alla prima domanda non avrebbe alcuna efficacia preclusiva sulla seconda – quella, cioè, proposta dal L..

2.1. Il motivo è infondato e non può essere accolto essenzialmente perchè la sentenza impugnata è conforme ai principi normativi e agli orientamenti giurisprudenziali che regolano la materia.

2.1. Intanto, appare opportuno osservare che il decreto ingiuntivo non opposto acquista efficacia di giudicato, i cui limiti oggettivi si estendono al rapporto dedotto in giudizio (nonchè a tutti gli accertamenti che costituiscono i necessari antecedenti logico-giuridici della pronuncia) (ex multis Cass., S.U., n. 4510 del 1.3.2006). Nell'ipotesi in esame, pertanto, il decreto ingiuntivo di cui si dice, passato in giudicato perchè non opposto, in ragione dell'art. 1385 cod. civ., avendo riconosciuto alla G., promittente acquirente, il diritto al pagamento del doppio della caparra, ha affermato la sussistenza dell'inadempimento del L. (parte

promittente della vendita) riconoscendo, quell'inadempimento colpevole e di non scarsa importanza, ed avendo riconosciuto la legittimità del recesso del contratto preliminare, ha escluso un inadempimento della G., e/o comunque, ha affermato di aver effettuato una valutazione comparativa dei comportamenti di entrambi i contraenti stabilendo che la mancata esecuzione del contratto preliminare fosse dovuta al L. 2.1.a) Pertanto, non è apprezzabile la censura del ricorrente su una supposta "macroscopica omissione" della Corte veneziana consistita nel non aver tenuto presente che l'accertamento circa l'inadempimento dell'avv. G. non avesse formato oggetto del giudicato, formatosi relativamente al decreto ingiuntivo perché il comportamento, cioè, l'adempimento e/o l'inadempimento, della G. è un elemento degli antecedenti logico-giuridici della pronuncia del decreto ingiuntivo e non poteva non essere presente quale oggetto di valutazione comparativa nel giudizio monitorio. Il L. avrebbe potuto e dovuto dimostrare e far accertare che non era inadempiente, o che inadempiente fosse l'altra parte, o che inadempienti fossero entrambi i contraenti (e in questo caso, che l'inadempimento prevalente fosse riferibile alla G.), nel giudizio instaurato mediante la richiesta di decreto ingiuntivo e, specificamente, mediante opposizione al decreto ingiuntivo.

2.1.b) Così come non è apprezzabile l'affermazione dell'attuale ricorrente che, l'inadempimento posto a fondamento del decreto ingiuntivo fosse consistito nell'aver ommesso lo stesso di provvedere alla cancellazione dell'ipoteca.

Piuttosto, l'inadempimento posto a fondamento del decreto ingiuntivo, riguardava l'inadempimento del contratto preliminare quale ne fosse la

ragione di quell'inadempimento. Ed è quest'ultimo inadempimento che è stato posto in rapporto con il comportamento della G..

2.2. Va altresì rilevato – come correttamente ha affermato la Corte territoriale, è di tutta evidenza che sia la domanda proposta dal L. di risoluzione del contratto preliminare di vendita oggetto del giudizio, ex art. 1453 cod. civ. e sia quella proposta dalla G. con il ricorso ex art. 1385 cod. civ. dipendono da un medesimo titolo e presuppongono l'adempimento di una parte e l'inadempimento dell'altra parte. Entrambe queste azioni, in verità, hanno identica *causa petendi* perché, come afferma la stessa sentenza impugnata, qualora si venisse a dimostrare il gravissimo inadempimento della G., si dovrebbe necessariamente concludere che quale inadempiente non aveva diritto a chiedere ed ottenere il recesso il che, invece, non può essere messo in discussione. Ove si ammettesse l'azione di risoluzione avanzata dal L. e questa fosse accolta la relativa sentenza sostanzialmente travolgerebbe il decreto ingiuntivo e verrebbe a configurare con il giudicato formatosi relativamente al decreto ingiuntivo.

In definitiva, il ricorso va rigettato e il ricorrente, in ragione del principio di soccombenza ex art. 91 c.p.c., condannato al pagamento delle spese del giudizio di cassazione, così come verranno liquidate con il dispositivo.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di cassazione che liquida in Euro 2.200,00 oltre Euro 200,00 per esborsi.

1. Il fatto

Nel caso in esame il ricorrente lamenta la falsa applicazione degli artt. 1385 e 1453 c.c.: a suo avviso la Corte d'Appello di Venezia, confermando integralmente la sentenza di primo grado, avrebbe errato «per aver ricondotto il recesso ex art. 1385 c.c. nell'ambito della categoria normativa della risoluzione», pur trattandosi di «strumenti giuridici comportanti una scelta fra due diversi assetti di interessi ... perché mentre il recesso non ha efficacia solutoria del contratto ... la risoluzione, invece, incide sul contratto eliminandolo *in toto*»⁽¹⁾.

La Cassazione rigetta il ricorso e, richiamandosi a consolidati precedenti, afferma che il recesso dal contratto ex art. 1385 c.c. è una mera facoltà riconosciuta alla parte *in bonis* che, se esercitata, determina lo scioglimento *ope legis* del contratto, e che richiede, come presupposto, l'inadempimento dell'altro contraente, avente le medesime caratteristiche di quello che legittimerebbe la scelta di agire in giudizio per chiedere la risoluzione del contratto ed il risarcimento dei danni (artt. 1218, 1256 e 1455 c.c.).

Per la Corte, invero, la norma in esame non deroga alla disciplina generale della risoluzione per inadempimento, ammettendo la scelta di recedere dal contratto e di trattenere la caparra ricevuta (o di esigere il doppio di quella versata) solo quando l'inadempimento della controparte sia colpevole e di non scarsa importanza⁽²⁾.

Si tratta, in sostanza, di una forma di «risoluzione di diritto» del contratto, alternativa e non cumulabile con la domanda di risoluzione giudiziale di cui all'art. 1453 c.c., «da affiancare (piuttosto che contrapporre) a quelle di cui agli artt. 1454, 1456, 1457 c.c.» e «destinata ad operare, indipendentemente dall'esistenza di un termine essenziale o di una diffida ad adempiere, attraverso la semplice comunicazione all'altra parte di una volontà "caducatoria" degli effetti negoziali»⁽³⁾.

2. La caparra confirmatoria

Il codice individua due tipi di caparra, diversi per effetti e funzione: la caparra confirmatoria (art. 1385 c.c.) e la caparra penitenziale (art. 1386 c.c.).

La caparra confirmatoria (*arrha poenalis*), già conosciuta dal diritto romano e più tardi ripresa anche nella codificazione del Regno d'Italia del 1865, consiste in una somma di denaro o in una quantità di altre cose fungibili che, normalmente al momento del perfezionamento dell'accordo oppure successivamente⁽⁴⁾, una parte consegna all'altra a testimonianza della serietà dell'impegno, ed assolve alla funzione di "cautela" per il risarcimento dei danni nel caso di inesatta o mancata esecuzione del contratto cui afferisce. Occorre, ad ogni modo, come richiede la costante giurisprudenza⁽⁵⁾, una formulazione espressa perché una simile dazione valga quale caparra confirmatoria, dovendosi, nel dubbio, propendere per la natura di semplice acconto.

⁽¹⁾ Cass., sez. II, 6.9.2011, n. 18266, cit., par. 1).

⁽²⁾ Così anche Cass., sez. II, 23.1.1989, n. 398, in *Mass. Giust. civ.*, 1989, I e Cass., sez. II, 7.9.2000, n. 11784, in *Dir. e prat. soc.*, 2001, 4, 79.

⁽³⁾ Cass., sez. II, 6.9.2011, n. 18266, cit., par. 1.2. a) e 1.2. b) motivazione. In passato si erano già espresse conformemente: Cass., sez. II, 14.3.1988, n. 2435, in *Mass. Giust. civ.*, 1988, 3; Cass., sez. II, 13.11.1982, n. 6047, in *Mass. Giust. civ.*, 1982, 10-11; Cass., sez. II, 2.9.1978, n. 4023, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 1123. Si tratta di conclusione sulla quale conviene anche buona parte della dottrina: GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009, 518-519; TIMPANO, *Caparra confirmatoria e tutela del contraente non inadempiente*, in *Contratti*, 2002, 897; ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, 551.

⁽⁴⁾ Sulla possibilità di una dazione a titolo di caparra successivamente alla conclusione del contratto, di cui si dirà oltre, conviene Cass., sez. II, 15.4.2002, n. 5424, in *Riv. not.*, 2002, 1573. In termini analoghi anche Cass., sez. II, 13.2.2006, n. 3071, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, che ammette la configurabilità, dopo il perfezionamento dell'accordo ed il versamento di una somma di denaro, di una pattuizione con cui le parti convengono sulla natura di caparra confirmatoria di tale dazione, purché essa prima della scadenza dell'obbligazione.

⁽⁵⁾ Il riferimento è a Cass., sez. III, 22.8.1977, n. 3833, in *Arch. civ.*, 1977, 1099 e a Cass., sez. III, 17.5.1985, n. 3014, in *Mass. Giust. civ.*, 1985, 5.

Disciplinata nel codice vigente all'art. 1385 c.c., se al contratto è data regolare esecuzione la caparra va restituita alla parte che l'ha prestata, salvo che questa non preferisca computarla alla prestazione dovuta.

Diversamente, in caso di inadempimento, occorre distinguere a seconda che questo sia imputabile al contraente che ha consegnato la caparra, o a colui che l'ha ricevuta: alla parte non inadempiente è riconosciuta la facoltà di recedere dal contratto, alla quale si aggiunge, nella prima ipotesi, quella di ritenere la caparra e, nella seconda ipotesi, quella di esigerne il doppio.

Il diritto di recedere dal contratto e di trattenere la caparra ricevuta, o di pretendere il doppio di quella versata, costituisce l'effetto proprio dell'istituto in caso di inadempimento della controparte, cui è riconosciuta la già accennata funzione di preventiva e convenzionale liquidazione del danno⁽⁶⁾, con la duplice conseguenza che: a) la pretesa risarcitoria del contraente "fedele" non può essere superiore all'ammontare della caparra; b) la controparte non è ammessa a dimostrare che l'entità di tale danno è inferiore alla caparra, stante l'inconciliabilità dell'istituto in esame con quello della riduzione⁽⁷⁾.

Anziché esercitare il recesso, il contraente adempiente può, pur sempre, preferire l'esecuzione del contratto, oppure la sua definitiva risoluzione, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno secondo le regole generali⁽⁸⁾; in questi casi, tuttavia, viene meno il diritto di incamerare la caparra, potendo trattenerla a sola garanzia della pretesa risarcitoria⁽⁹⁾, o in acconto su quanto gli spetta a titolo di anticipo dei danni che saranno in seguito accertati e liquidati, sopportando, si intende, il rischio che il danno effettivo sia di ammontare superiore.

La norma, d'altra parte, non ha inteso negare alla parte "fedele" il diritto di esigere il doppio della caparra versata, ma gli ha attribuito la facoltà, ulteriore, di conseguire un più cospicuo risarcimento⁽¹⁰⁾, qualora il danno concretamente subito sia maggiore di quello preventivamente determinato con la clausola che fissa l'importo della caparra.

3. Natura, struttura e oggetto del patto di caparra

La dazione di una somma di denaro o di altre cose fungibili a titolo di caparra è l'oggetto di una specifica pattuizione dei contraenti, che non richiede la consacrazione in forme particolari, né di apposita sottoscrizione a pena di inefficacia anche quando accede a clausole generali di contratto⁽¹¹⁾, della cui esatta natura si discute in giurisprudenza e in dottrina, pur convenendosi sul suo carattere normalmente reale⁽¹²⁾.

Secondo alcuni, il patto ad essa relativo è una clausola accidentale, parte del contratto cui inerisce⁽¹³⁾; per altri, invece, è (come la penale dell'art. 1382 c.c.) un contratto a sé stante, avente una propria causa (di garanzia e talvolta sanzionatoria), anche se accessorio e collegato⁽¹⁴⁾ al negozio che mira a rafforzare, come tale non equiparabile alle altre clausole di questo.

Se si accoglie la prima soluzione, la mancata consegna della somma convenuta ostacola il perfezionamento del patto ad essa relativo ed impedisce, di conseguenza, la conclusione del contratto cui è inserita, degradandolo a semplice minuta non vincolante allorché le parti abbiano rimesso ad una loro ulteriore trattativa la determinazione della caparra.

Se, invece, si propende per la seconda impostazione, stante il collegamento ed il rapporto di accessorietà al contratto principale, le vicende che investono quest'ultimo (invalidità, inefficacia, risoluzione) travolgono senz'altro il contratto di caparra, ma non viceversa⁽¹⁵⁾.

Tra le due soluzioni ritengo più condivisibile la seconda, anche se non sono pienamente convinto della sua bontà. Convenire sulla natura negoziale del patto, invero, significherebbe limitare la possibilità di prevedere la caparra ai soli contratti a prestazioni corrispettive che non presuppongono la contemporaneità tra conclusione ed esecuzione, con esclusione dei contratti ad effetti reali. Ma si tratta di una conclusione che non trova il favore della giurisprudenza, che rifiuta l'inconciliabilità tout court dell'istituto con i contratti immediatamente traslativi della proprietà, nei quali la caparra ben può svolgere la funzione di garanzia, che gli è propria, di ulteriori prestazioni da parte dell'obbligato⁽¹⁶⁾.

Mi sembra, pertanto, più opportuno concludere che, benché per struttura e funzione la caparra si presenti astrattamente più congeniale a realizzare l'assetto di interessi proprio di un contratto preliminare, nulla impedisce una sua consegna al momento del definitivo⁽¹⁷⁾. Del resto, l'inciso «al momento della conclusione del contratto» utilizzato dall'art. 1385 c.c. ha valore meramente indicativo della contestualità del versamento, ma non esclude che la caparra possa essere consegnata prima o dopo che il contratto principale si sia perfezionato, purché anteriormente alla scadenza delle obbligazioni che ne derivano.

Per quanto attiene alla struttura, il patto interviene tra le stesse parti del contratto principale, non potendo formare oggetto dell'impegno di un terzo estraneo, mal conciliandosi tale eventuale con la funzione confirmatoria dell'istituto, anche se non

⁽⁶⁾ In questi termini si esprime la giurisprudenza maggioritaria. Tra le tante, cfr. Cass., sez. II, 11.3.2008, n. 6463, in *Diritto & Giustizia*, 2008 e Cass., sez. II, 29.1.2003, n. 1301, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, 213.

⁽⁷⁾ Ne conviene Cass., sez. II, 10.11.1977, n. 4856.

⁽⁸⁾ Cfr. Cass., sez. III, 20.9.2004, n. 18850, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 9.

⁽⁹⁾ Esplicita in questo senso Cass., sez. II, 4.8.1997, n. 7180, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, 1321; Cass., sez. III, 24.1.2002, n. 849, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1909; Cass., sez. III, 13.5.2004, n. 9091, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 5; Cass., sez. III, 16.5.2006, n. 11356, in *Il civilista*, 2007, I, 81.

⁽¹⁰⁾ Cass., sez. I, 11.1.2001, n. 319, in *Contratti*, 2001, 437, con nota di Carnevali.

⁽¹¹⁾ Non potendosi attribuire al patto di caparra carattere vessatorio, non rientrando in alcuna delle ipotesi previste dall'art. 1341, comma 2°, c.c., come osservato da Cass., sez. III, 23.1.2004, n. 1168, in *Diritto & Giustizia*, 2004, 11, 117. Di diverso avviso BIANCA, *Diritto civile*, V, Milano, 1994, 369.

⁽¹²⁾ Secondo la giurisprudenza, invero, si tratta di un carattere normale ma non essenziale, ammettendo che la dazione possa, per volontà delle parti, essere differita ad un momento successivo alla conclusione del contratto, in tal modo configurandosi una atipica caparra consensuale.

⁽¹³⁾ MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, 134; CATUDDA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 220-221; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 520. In giurisprudenza, cfr. Cass., sez. I, 6.3.1983, n. 3856, in *Riv. dir. comm.*, 1984, II, 187, con nota di Fusaro; Cass., sez. I, 22.4.1958, n. 1326, in *Mass. Foro it.*, 1958.

⁽¹⁴⁾ Ad un contratto collegato con il contratto principale fanno riferimento GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2003, 633; MARINI, *Caparra (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, 2; TRIMARCHI, *Caparra (dir. civ.)*, in *ivi*, VI, Milano, 1960, 193. In giurisprudenza, v. Cass., sez. II, 15.4.2002, n. 5424, cit., ma riguardo ad una atipica caparra consensuale.

⁽¹⁵⁾ Come precisa NATALE, *Caparra confirmatoria e negozi immediatamente traslativi della proprietà*, in *Contratti*, 1999, 11.

⁽¹⁶⁾ Cfr. Cass., sez. II, 15.5.1998, n. 4902, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 1044. Nel caso in esame l'ulteriore prestazione dell'alienante consisteva nell'attivarsi per il rilascio di una concessione edilizia in relazione al terreno oggetto della compravendita.

⁽¹⁷⁾ Ne conviene Cass., sez. II, 30.5.1995, n. 6050, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, 1111.

manca di registrarsi un orientamento minoritario di diverso avviso⁽¹⁸⁾.

Nel silenzio dell'art. 1385 c.c., poi, si ritiene ammissibile una caparra «bilaterale» o «reciproca», ossia versata da entrambe le parti, pur con le critiche di certa dottrina.

Diversamente dalla legislazione romanistica e dal codice civile del 1865, l'attuale formulazione dell'art. 1385 c.c. limita l'oggetto della caparra a «una somma di danaro» o «una quantità di altre cose fungibili», con la conseguenza che la dazione di cose infungibili non è qualificabile come caparra ma, tutt'al più, come pegno⁽¹⁹⁾.

La giurisprudenza, ad ogni modo, in qualche isolata pronuncia⁽²⁰⁾ ammette la dazione di disegni a titolo di caparra, argomentando sulla loro funzione di mezzi di pagamento, quando le parti li abbiano considerati analoghi al denaro. Peraltro tale possibilità si trasforma in un obbligo nell'ipotesi in cui l'ammontare del versamento sia pari o superiore a 1.000,00 euro, per effetto della novellata legge anticiclaggio (art. 49, d.lgs. 21.11.2007, n. 231, modificato dal d.l. 6.12.2011, n. 201).

4. Cenni sul dibattito circa le molteplici funzioni della caparra

Sulla funzione della caparra confirmatoria non è ravvisabile, ad oggi, un indirizzo dottrinale unanime, anche se l'opinione più condivisibile, avallata anche dalla giurisprudenza, conviene nel riconoscere all'istituto natura composita e finalità eclettica⁽²¹⁾.

Secondo alcuni⁽²²⁾ la caparra confirmatoria assolverebbe ad una triplice funzione: a) di prova della intervenuta conclusione del contratto cui accede; b) di anticipazione della prestazione della parte che effettua la dazione; c) di indennizzo preventivo per l'eventuale inadempimento.

Per altri, invece, la finalità sarebbe punitiva del contraente «infedele» e di risarcimento⁽²³⁾; ma non manca chi fa riferimento ad una liquidazione anticipata e convenzionale del danno derivante dall'inadempimento⁽²⁴⁾. E nemmeno chi attribuisce alla caparra una differente funzione a seconda delle vicende del rapporto principale: di anticipo della prestazione se il contratto trova esatta esecuzione; di risarcimento nell'eventualità, patologica, dell'inadempimento, se il contraente *in bonis* esercita il recesso; di garanzia qualora chieda l'adempimento del contratto o la sua risoluzione, e la caparra sia stata versata dalla parte inadempiente⁽²⁵⁾.

5. Il recesso dal contratto con ritenzione della caparra: una ulteriore ipotesi di risoluzione di diritto alternativa alla risoluzione dell'art. 1453 c.c.

In caso di pattuizione di una caparra confirmatoria, ai sensi dell'art. 1385 c.c., la parte *in bonis*, posta di fronte all'inadempimen-

to o al ritardo⁽²⁶⁾ dell'altra, al fine di ottenere il ristoro del pregiudizio subito può scegliere tra due rimedi, alternativi e non cumulabili tra loro:

- a) recedere dal contratto e ritenere la caparra ricevuta (o esigere la corresponsione del doppio di quella versata), avvalendosi della funzione propria dell'istituto che, come si è detto, è quella di liquidare preventivamente e convenzionalmente i danni, così provocando l'estinzione *ex lege* del contratto;
- b) domandare la risoluzione giudiziale del contratto ai sensi dell'art. 1453 c.c. ed il risarcimento dei danni che ne conseguono, dei quali deve offrire idonea dimostrazione secondo i criteri comuni di cui all'art. 1223 c.c.

Il recesso legale con diritto alla caparra si sostituisce, dunque, al risarcimento del danno ed alla facoltà di determinare la risoluzione secondo la disciplina generale⁽²⁷⁾, consentendo una composizione agevole e spedita, senza oneri probatori in ordine all'esistenza e al *quantum* del danno subito: il contraente *in bonis* si limiterà a recedere dal contratto trattenendo la caparra, se il danno è inferiore all'ammontare di questa; diversamente, se il danno è di entità superiore, domanderà la risoluzione del contratto ed il risarcimento dei danni, dei quali dovrà provare in giudizio sia l'*an*, sia il *quantum*.

La tesi dell'alternatività e non sostituibilità tra i due rimedi era già stata risolutamente stabilita dalla Cassazione con la sentenza, a Sezioni Unite, n. 553 del 14.1.2009: «in caso di caparra confirmatoria, che ha la funzione di consentire una liquidazione anticipata e convenzionale del danno volta ad evitare l'instaurazione di un giudizio contenzioso, i rapporti tra azione di risoluzione e di risarcimento integrale da una parte, e azione di recesso e di ritenzione della caparra dall'altro si pongono in termini di assoluta incompatibilità strutturale e funzionale sicché, proposta la domanda di risoluzione volta al riconoscimento del diritto al risarcimento integrale dei danni asseritamente subiti, non può ritenersi consentita la trasformazione in domanda di recesso con ritenzione della caparra»⁽²⁸⁾.

La scelta preventiva di avvalersi della facoltà di recedere con diritto alla caparra preclude, dunque, la successiva proponibilità dell'azione di risoluzione del contratto e di risarcimento del danno, in applicazione del noto principio secondo il quale *electa una via non datur recursus ad alteram*. Inoltre, la parte «fedele» che decide di avvalersi del rimedio dell'art. 1385 c.c., opta per una liquidazione stragiudiziale, convenzionale e spedita, del pregiudizio subito – che, addirittura, potrebbe ontologicamente non esistere –, che è funzionalmente inconciliabile con una pretesa risarcitoria secondo i criteri ordinari, richiedendo questi che sia data prova della ricorrenza e dell'ammontare del danno. Quando, invece, preferisce agire in risoluzione chiedendo anche la riparazione integrale dei danni, ella «rinuncia al

⁽¹⁸⁾ BAVETTA, *La caparra*, Milano, 1963, 368.

⁽¹⁹⁾ Si è così negata la possibilità di consegnare a titolo di caparra confirmatoria una cambiale. Cfr. Tribunale Cagliari, 11.11.1984, in *Riv. giur. sarda*, 1986, 103.

⁽²⁰⁾ Tribunale Monza, 10.9.1994, in *Contratti*, 1995, 152, con nota di PIROTTA ove, peraltro, si precisa che: «nel caso in cui l'*accipiens* non intenda dare esecuzione al contratto e, dopo aver inutilmente offerto in restituzione l'assegno all'altra parte lo distrugga in modo tale da impedire qualsivoglia utilizzazione, il *solvens* che intenda recedere da contratto può ottenere il pagamento della caparra ma non il suo doppio, dovendo dedurre la somma indicata nel titolo» e che «il fatto che l'assegno, per fatto dell'*accipiens*, non sia stato posto all'incasso non vale a escludere la percezione della caparra, a meno che si allegi e dimostri che il titolo non sia stato negoziato perché privo di copertura ... se successivamente il titolo non è

posto all'incasso, anzi viene distrutto ... si ha un'ipotesi equivalente alla restituzione della caparra stessa».

⁽²¹⁾ Cfr. Cass., sez. II, 11.3.2008, n. 6463, cit.

⁽²²⁾ D'AVANZO, *Caparra*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, 893-894.

⁽²³⁾ TRIMARCHI, *Caparra (dir. civ.)*, cit., 201.

⁽²⁴⁾ BORRELLI, *Caparra confirmatoria*, in *Il diritto*, Milano, 2007, 717.

⁽²⁵⁾ DE NOVA, *Caparra*, in *Dig. IV, disc. priv. (sez. civile)*, II, Torino, 1988, 241.

⁽²⁶⁾ Ricomprende nella nozione di inadempimento anche il ritardo, purché tale da giustificare la risoluzione del contratto MARINI, *Caparra*, cit., 3.

⁽²⁷⁾ CAVICCHI, *Recesso e risoluzione nell'art. 1385 c.c.*, in *Giur. it.*, 2001, 2050.

⁽²⁸⁾ Cass., S.U., 14.1.2009, n. 553, in *Riv. dir. civile*, 3, 2009, 327, con nota di GUASTALLA, *Caparra confirmatoria, recesso e risoluzione del contratto*.

certo per l'incerto»⁽²⁹⁾, scegliendo di affrontare l'aleatorietà, i tempi e i costi di un giudizio, nella speranza di vedersi risarcito un importo più cospicuo rispetto a quello della caparra, sopportando, correlativamente, il rischio di ricevere una somma minore rispetto a quella o, addirittura, nulla.

Riconoscere alla parte *in bonis* la possibilità di modificare la sua pretesa significherebbe, invero, accordarle un ingiustificato vantaggio, che per nulla si concilia con le regole generali⁽³⁰⁾. ■

⁽²⁹⁾ La citazione è di TIMPANO, *Caparra confirmatoria e tutela del contraente non inadempiente*, cit., 879. L'argomento è stato sviluppato, con ricchezza d'argomentazione, da GUASTALLA, *Caparra confirmatoria, recesso e risoluzione del contratto*, cit., 334 ss.

⁽³⁰⁾ Cfr. le considerazioni svolte da CAVICCHI, *Recesso e risoluzione nell'art. 1385 c.c.*, cit., 2052.